

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

SEDE DI BARI - SEZIONE I

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso principale n. 1053 del 2003 proposto

dalla societa' ING. ORFEO MAZZITELLI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda ASSOCIAZIONE TEMPORANEA d'IMPRESE con l'UNIVERSITA' degli STUDI di BARI e la societa' SICONTRA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Corrente e presso il suo studio elettivamente domiciliata in Bari alla via Prospero Petroni n. 9, per mandati a margine del ricorso e dei motivi aggiunti al ricorso;

CONTRO

il COMUNE di BARI, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti prof. Aldo Loiodice e Tommaso di Gioia e presso il loro studio elettivamente domiciliato in Bari alla via Nicolai n. 29, per mandato a margine del controricorso:

e nei confronti

- della societa' DEC S.p.A., con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandato a margine del controricorso;

- della società BARI PARK S.r.l., con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandati a margine del controricorso;

per l'annullamento

a) della deliberazione della Giunta municipale di Bari n. 60 del 23 gennaio 2003, pubblicata mediante affissione all'albo comunale dal 27 gennaio 2003 per quindici giorni consecutivi, recante individuazione della proposta in project financing, presentata dalla costituenda associazione temporanea d'impresa tra le società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., relativa alla costruzione e gestione di un parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari alla piazza Cesare Battisti;

b) dei verbali della commissione preposta alla valutazione delle proposte n. 2 del 10 ottobre 2002 (nonché della nota di trasmissione del medesimo n. 10752 del 14 ottobre 2002, e nn. 10, 11, 12, rispettivamente del 17 dicembre 2002, 7 e 8 gennaio 2003 (atti impugnati col ricorso);

c) degli atti di indizione della procedura ex art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari alla piazza Cesare Battisti tra i quali, specificamente, il bando di gara e la deliberazione di Giunta municipale n. 591 del 3 luglio 2003, di indizione della gara (atti impugnati coi motivi aggiunti)

nonché sui ricorsi incidentali proposti:

- dalla società DEC S.p.A., con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandati a margine del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti al ricorso incidentale;

- dalla società BARI PARK S.r.l., con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandati a margine del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti al ricorso incidentale;

CONTRO

il COMUNE di BARI, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti prof. Aldo Loiodice e Tommaso di Gioia e presso il loro studio elettivamente domiciliato in Bari alla via Nicolai n. 29, per mandato a margine del controricorso:

e nei confronti

della società ING. ORFEO MAZZITELLI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda ASSOCIAZIONE TEMPORANEA d'IMPRESE con l'UNIVERSITA' degli STUDI di BARI e la società SICONTRA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Corrente e presso il suo studio elettivamente domiciliata in Bari alla via Prospero Petroni n. 9, per mandati a margine del ricorso e dei motivi aggiunti al ricorso;
per l'annullamento

dell'ammissione alla valutazione e al confronto comparativo della proposta in project financing presentata dalla societa' ricorrente principale (atto impugnato col ricorso incidentale);

Visto il ricorso principale con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti al ricorso principale con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e delle societa' DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l.;

Visti i ricorsi incidentali con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 698 del 24 settembre 2003 di reiezione dell'istanza incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 21 aprile 2004, il dott. Leonardo Spagnoletti e uditi gli avv.ti Giovanna Corrente per le societa' ricorrente principale, l'avv. Tommaso di Gioia per il Comune di Bari e l'avv. Nicola Di Modugno per le societa' controinteressate intime e ricorrenti incidentali;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con atto notificato l'11 luglio 2003 e depositato in Segreteria il 18 luglio 2003, recante trasposizione in sede giurisdizionale di ricorso straordinario al Capo dello Stato a seguito di atto di opposizione da parte del Comune di Bari, e con motivi aggiunti notificati il 4-8 settembre 2003 e depositati in Segreteria l'8 settembre 2003, la societa' Ing. Orfeo Mazzitelli S.p.A., in proprio e nella qualita' di mandataria e capogruppo di Associazione

temporanea d'impresе con l'Universita' degli Studi di Bari e la societa' Sicontra S.r.l., ha proposto le domande di annullamento in epigrafe meglio specificate.

Giova premettere che:

- il Comune di Bari ha inserito nel programma triennale delle opere pubbliche allegato al bilancio di previsione per l'anno 2002, ai sensi dell'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, alcuni interventi da realizzarsi in project financing, e segnatamente, per quanto qui interessa, relativi alla costruzione di tre parcheggi pubblici interrati da ubicare in Bari al corso Cavour, alla piazza Cesare Battisti, alla piazza Giulio Cesare;
- con avviso pubblicato il 31 maggio 2002 e' stata quindi indetta procedura per la valutazione delle proposte, complete di elaborati, da presentarsi a cura delle imprese interessate;
- in esito alle operazioni della commissione di valutazione all'uopo nominata (verbali dal n. 1 al n. 12) e' risultata prima graduata, quanto al parcheggio interrato da realizzare alla piazza Cesare Battisti, la proposta presentata dalle societa' DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., con punti 70,5, seconda graduata la proposta presentata dalle societa' SABA ITALIA S.p.A. e SALVATORE MATARRESE S.p.A., con punti 52, terza graduata la proposta presentata dalla societa' GIEM, con punti 50, quarta e ultima graduata la proposta presentata dalle societa' MAZZITELLI S.p.A. e SINCONTRA S.r.l. e dall'UNIVERSITA' di BARI, raggruppande in costituenda associazione temporanea d'impresе, con punti 35;

- con deliberazione della Giunta municipale di Bari n. 60 del 23 gennaio 2003 e' stata quindi individuata, ai sensi dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, la proposta presentata dalle societa' DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l. come quella di pubblico interesse "...in quanto ha realizzato l'ottimale combinazione di tutti gli elementi di valutazione e, quindi, rappresenta la soluzione migliore per l'Amministrazione comunale perche' piu' adeguata, efficace e vantaggiosa per il raggiungimento dell'interesse pubblico e meglio aderente agli indirizzi e programmi dell'Amministrazione";

- con deliberazione di Giunta municipale n. 591 del 3 luglio 2003, e' stata poi indetta la gara a licitazione privata, ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari alla piazza Cesare Battisti, con successiva pubblicazione dell'avviso e del bando.

Avverso la deliberazione di Giunta municipale n. 60 del 23 gennaio 2003 e i presupposti atti della selezione delle proposte in project financing, la societa' ricorrente principale ha dedotto le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, sviamento, perche' e' stata omessa la valutazione di 'fattibilita'' di ciascuna proposta, che non puo' essere ritenuta assorbita dall'esame comparativo delle stesse, ne' dalla attribuzione di punteggi.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Violazione dei principi generali in materia di valutazioni comparative. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, sviamento, perche' la commissione di valutazione ha fissato criteri valutativi e esaminato le proposte come se, anziche' di procedura di project financing, si trattasse di appalto concorso o mera concessione di costruzione e gestione, senza darsi cura di "omogeneizzare" le proposte.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 DIR.CEE 38/93. Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, sviamento, perche' i criteri di valutazione delle proposte sono stati stabiliti direttamente dalla commissione, da ritenere organo incompetente, e non dall'avviso di selezione, dopo la presentazione delle proposte, tenuto conto che l'avviso di gara non stabiliva regole idonee a garantire la segretezza delle proposte mediante sigillatura dei plichi, e risultano illogici, generici, irrazionali, anche quanto all'individuazione dei sub criteri e del loro peso ponderale.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Violazione dei principi generali in materia di valutazioni comparative. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, sviamento, perche' e' stata prescelta l'unica proposta che presentava una struttura a tre piani interrati e con capienza aggiuntiva (99 posti auto) rispetto a quella prevista nell'avviso

(600 posti auto) senza considerare il suo maggiore impatto ambientale e la sua maggiore invasività anche con riguardo ai problemi dell'interferenza con la falda idrica, con illogico sovradimensionamento ricettivo (che nulla rileva ai fini della qualità progettuale), senza considerare che la società ricorrente aveva previsto apposito rapporto convenzionale con l'Università degli Studi per l'utenza più significativa (appunto i dipendenti universitari); ne rileva la circostanza che il piano economico-finanziario sia stato dimensionato su 18 anziché su 30 anni, posto che comunque è dimostrata la redditività dell'investimento, mentre i flussi di cassa sono desumibili dai risultati previsionali di esercizio, ammortamenti e quota TFR; al contrario per la proposta delle controinteressate non si è considerata la sua scarsa redditività e il maggior ricorso all'indebitamento.

Avverso la deliberazione di Giunta municipale n. 591 del 3 luglio 2003, di indizione della gara ex art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 e i connessi avviso e bando di gara, la società ricorrente principale, con i motivi aggiunti, ha dedotto in via di invalidità derivata le stesse censure svolte in ricorso.

Nel giudizio si è costituito il Comune di Bari che, con memorie difensive depositate il 26 agosto e 9 settembre 2003 ed il 15 aprile 2004 ha, a sua volta, dedotto in sintesi:

- a) l'inammissibilità del ricorso siccome sottoscritto dal solo legale rappresentante della società mandataria e capogruppo e non anche da quelli dell'Università degli Studi di Bari e della Sicontra S.r.l.;
- b) l'inammissibilità delle censure dedotte col primo motivo perché carenti della dimostrazione che dal loro accoglimento scaturirebbe risultato più

favorevole per la società ricorrente, tendenti a impingere nel merito tecnico dell'esame delle proposte compiuto dalla commissione di valutazione;

c) l'inammissibilità delle censure dedotte col secondo motivo, in relazione all'omessa impugnativa della clausola dell'avviso di selezione che consentiva la presentazione di proposte integrative e migliorative rispetto all'analisi di prefattibilità dell'amministrazione comunale;

d) l'inammissibilità delle censure dedotte col terzo motivo, in relazione all'omessa impugnativa della clausola dell'avviso di selezione che stabiliva le modalità formali di presentazione delle proposte (mero plico chiuso e non anche sigillato) e nella parte in cui non ha stabilito i "pesi" numerici dei vari parametri, oltre che per l'omessa impugnazione dell'atto di approvazione dell'avviso;

e) l'infondatezza delle censure dedotte in ricorso:

- quanto al motivo sub 1) perché la valutazione dell'ammissibilità della proposta prescelta risulta dalla stessa sua positiva valutazione e dall'assegnazione del miglior punteggio;

- quanto al motivo sub 2) perché la previsione, nella proposta presentata dalle controinteressate, di un numero maggiore di posti auto va coordinata con la previsione dell'avviso pubblico della facoltà di presentare proposta integrativa e migliorativa rispetto alle indicazioni orientative fornite dall'amministrazione comunale;

- quanto al motivo sub 3) perché la commissione si è limitata ad esplicitare i criteri valutativi direttamente previsti dall'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994;

- quanto al motivo sub 4) perche' indimostrata e' l'interferenza negativa con la falda acquifera per la maggior contenuta profondita' dello scavo; la previsione di un numero aggiuntivo di posti auto migliora la ricettivita' dell'impianto, laddove al contrario la proposta della ricorrente ne contrae la capienza a soli 438 posti sui 600 indicati dall'amministrazione, ne' puo' assumere rilievo la convenzione per l'utilizzazione del parcheggio da parte dei dipendenti universitari, considerato che agli altri utenti risultano riservati soltanto 219 posti.

Nel giudizio si sono costituite, in via autonoma, le societa' controinteressate intimiate DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., che con i controricorsi e con memorie difensive depositate 19 aprile 2004 hanno dedotto rilievi consimili a quelli svolti dall'amministrazione comunale.

Con distinti ricorsi incidentali, notificati il 9 settembre 2003 e depositati il 12 settembre 2003, le societa' controinteressate intimiate hanno impugnato a loro volta l'ammissione alla valutazione e al confronto comparativo della proposta in project financing presentata dalla societa' ricorrente principale, deducendo le seguenti censure:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994 in relazione agli artt. 10 e 17 comma 1° lettera f) della stessa legge. Eccesso di potere per difetto di presupposti ed erronea presupposizione, in relazione all'illegittimita' dell'ammissione a valutazione della proposta presentata da costituenda associazione temporanea comprendente soggetto non imprenditore (l'Universita' degli Studi di Bari).
- 2) Violazione della disciplina di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, errore sui presupposti e travisamento dei fatti,

manifesta irragionevolezza e palese contraddittorietà'. Violazione del principio di proporzionalità', in relazione alla assoluta carenza del piano finanziario, sviluppato solo sino al 18° anno e privo dei flussi di cassa, che doveva comportare l'esclusione della proposta presentata dalla società' ricorrente.

3) Violazione dell'art. 18 comma 1 lettera d) d.P.R. n. 554 del 1999.

Violazione della disciplina di gara, per la carenza negli elaborati progettuali presentati in allegato alla proposta della società' ricorrente di idonee indagini geotecniche e geologiche anche riferite alla falda acquifera, parte integrante del progetto preliminare, che avrebbe dovuto pure comportare l'esclusione.

4) Violazione della disciplina di gara, in relazione alla previsione di un numero di posti auto inferiore a quello minimo indicato dall'amministrazione, e quindi alla mancata esclusione dalla selezione. Agli avversi rilievi, le società' ricorrenti principali hanno replicato con memoria difensiva depositata il 23 settembre 2003.

Con ordinanza n. 698 del 24 settembre 2003 e' stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati.

All'udienza pubblica del 21 aprile 2004 il ricorso e' stato discusso e riservato per la decisione.

DIRITTO

1.) Il Tribunale ritiene opportuno premettere all'esame delle eccezioni pregiudiziali, del ricorso principale e del ricorso incidentale, un quadro di riferimento, concettuale e normativo, sulla peculiare procedura relativa alla

realizzazione di opere pubbliche e/o di pubblica utilità mediante il ricorso al *project financing*.

1.1) Generalità sul project financing

La locuzione *project financing*, correttamente traducibile come finanza di progetto, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie rivolte, appunto, al finanziamento di specifici progetti di investimento, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie peculiari caratteristiche, esattamente studiate e “ritagliate” sul progetto da finanziare.

Tali strutture finanziarie si differenziano nettamente da quelle, tradizionali, della corporate finance, cioè della finanza d'impresa, rivolte invece al sostegno finanziario generale di una determinata impresa, e quindi imperniate, in linea di massima, sulla valutazione del patrimonio dell'impresa da ammettere al credito e su garanzie di tipo reale o personale, o in senso più ampio e comprensivo sulla capacità autonoma di indebitamento dell'impresa.

Nel project financing l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata, invece, in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa (cash flow) che essa è in grado di generare, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio.

Esso rispecchia interessi convergenti dell'impresa e delle banche, poiché realizza, generalmente, una netta separazione giuridica ed economica (ring fence) tra il progetto, ovvero l'iniziativa da finanziare, e la generalità delle attività del promotore dell'iniziativa, di solito attraverso la costituzione di

una apposita società di progetto (S.P.V.: special purpose vehicle o project company), la cui finalità specifica è appunto la realizzazione e comunque la gestione del progetto, e quindi mediante un soggetto giuridico affatto nuovo e distinto dal promotore.

Cio' consente di limitare il capitale di rischio investito dal promotore al capitale versato nella società di progetto, evitando che il promotore debba inserire nei suoi bilanci il debito d'investimento e consentendogli di iscrivere all'attivo solo la partecipazione alla società di progetto, e ponendo al riparo il promotore dal rischio economico negativo del progetto e, specularmente, la società di progetto dal rischio economico negativo dell'attività del promotore.

Nello stesso tempo, le banche dispongono del beneficio di assicurarsi la restituzione del finanziamento in funzione del rendimento e del flusso di cassa del progetto, oltre che della consistenza patrimoniale della S.P.V., senza dover sopportare il rischio economico negativo dell'attività del promotore e la concorrenza dei suoi creditori, potendo agire anche sulla leva di controlli e vincoli piu' specifici e stringenti sui contratti di finanziamento e sulla società di progetto.

Il project financing viene comunemente ricondotto all'esperienza nordamericana negli anni '30 e '40 del secolo scorso per il finanziamento del settore energetico, ed in particolare della costruzione di centrali elettriche e di impianti di estrazione petrolifera, e quindi ad un ambito strettamente privatistico (posto che erano private sia le società costituite per costruire e gestire tali impianti sia quelle interessate all'acquisto dei relativi prodotti).

Taluni, però, ravvisano la radice del project financing nel finanziamento da parte di banche di intraprese commerciali relative allo sfruttamento di determinate risorse nel “Nuovo mondo” e nei paesi del lontano Oriente, o ancor prima al finanziamento, da parte della banca fiorentina Frescobaldi, quasi settecento anni orsono, di attività estrattive di una miniera d’argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese, e ripagato dal valore dell’argento estratto.

Declinato nel corso dei secoli, tale sistema di finanziamento, dopo la sua ripresa e perfezionamento nell’esperienza nordamericana, si è poi diffuso in Europa soprattutto nel settore infrastrutturale, parallelamente al processo di privatizzazione di settori prima coperti integralmente dall’intervento pubblico ed in relazione alla crescente onerosità delle iniziative nei vari settori e alla correlativa penuria di capitali pubblici da immobilizzare a tal fine (esemplare in tal senso è la realizzazione, mediante project financing, dell’Eurotunnel, ossia del tunnel ferroviario sotto il canale della Manica), con particolare incidenza, in termini di valore dei progetti finanziati, in Francia e Gran Bretagna.

Cio’ ne ha in parte modificato i caratteri originari, introducendo la distinzione tra due modelli fondamentali: il B.O.T. (build, operate and transfer), ovvero la concessione di costruzione e gestione a tempo determinato con trasferimento dell’opera dopo un certo periodo di tempo alla mano pubblica, ed il B.O.O. (build, operate and own) in cui manca il trasferimento finale dell’opera.

Nell’ordinamento italiano, come si vedrà più oltre, è ammesso, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità, soltanto il B.O.T.,

nella forma appunto della concessione di costruzione e gestione a tempo determinato ma con immediato trasferimento dell'opera alla pubblica amministrazione, salvo il riconoscimento al privato, ove previsto, di un diritto di superficie (come ad esempio, proprio nel campo dei parcheggi pubblici).

Altra distinzione teorica importante e' quella tra le c.d. *opere calde* e le c.d. *opere fredde*, le prime caratteristiche di settori infrastrutturali a domanda rigida e con tariffe tali da generare sensibili flussi di cassa, e quindi di ricavi di gestione (ad esempio, parcheggi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi, piscine etc.), le seconde invece di settori a domanda assai elastica (es. turismo) o nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (edilizia sanitaria, carceraria, eventualmente giudiziaria), e che quindi non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento, nei quali ultimi puo' dunque risultare necessario un concorso finanziario pubblico.

Le c.d. opere calde, in definitiva, sono opere infrastrutturali e/o produttive di dimensioni medio-grandi, con mercato ben delimitato e a domanda tendenzialmente rigida, con un cash flow prevedibile (si pensi anche ad autostrade, aeroporti, interporti, impianti di produzione e reti di distribuzione di acqua, gas, energia elettrica).

Il cuore di ogni iniziativa da finanziare mediante project financing e' costituito dal piano economico-finanziario, ovvero dal documento, elaborato e complesso, che evidenzia e dimostra, tra l'altro, la bancabilita' dell'investimento, sul piano dei costi e soprattutto dei ricavi.

Intuitivamente favoriscono la bancabilita' del progetto, ovvero la sua concreta suscettivita' di attrarre i finanziamenti bancari, il fatto che i costi

(soprattutto quelli di costruzione, che sono i piu' rilevanti) siano i piu' bassi possibili, non varino in modo sensibile rispetto alle previsioni, siano spuntati nel modo piu' favorevole nel confronto concorrenziale sull'affidamento dei lavori, siano corredati da un efficiente sistema di controllo e verifica; e che i ricavi siano fondati su basi statistiche solide e attendibili e che gli eventuali contratti di cessione di prodotti e servizi siano preventivamente sottoscritti, prima dell'avvio dei lavori e comunque prima dell'avvio della gestione.

I protagonisti del project financing sono molteplici.

Ruolo centrale assumono il/i promotore/i, e la S.P.V. (Special purpose vehicle o societa' di progetto).

Il promotore (o sponsor) promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta per solito di imprese in joint venture o in associazione temporanea d'impresa), ed il suo compito essenziale e' la c.d. implementazione del progetto, cioe' la sua strutturazione sotto il profilo tecnico, giuridico, finanziario, la sottoscrizione dei relativi contratti, l'avvio dei lavori di realizzazione, l'erogazione dei relativi finanziamenti per la parte assicurata in proprio dal capitale di rischio e la negoziazione dei capitali da reperire sul mercato bancario.

La societa' di progetto (S.P.V.), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella "semplice" concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilita'), subentra a titolo originario al concessionario, o

realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata.

I finanziatori sono in senso proprio le banche che forniscono il capitale da investire nella realizzazione dell'opera.

Le banche, peraltro, intervengono nella fase di elaborazione del progetto anche come consulenti finanziari (*financial advisor*) e organizzatori del prestito (*arrangers*), come pure in tale fase figurano società di servizi e società di revisione; nell'ordinamento italiano alle banche compete anche l'asseverazione del piano economico-finanziario.

Le autorità pubbliche svolgono ruolo assai incisivo, sia in fase di programmazione delle opere da realizzare mediante project financing, sia con eventuali sostegni finanziari o sgravi fiscali, sia assicurando gli adempimenti amministrativi necessari per la costruzione dell'opera.

Sempre sul piano generale, le fasi del project financing possono distinguersi nella:

a) identificazione del progetto, con la individuazione dell'idea progettuale, la sua strutturazione tecnico-giuridica e finanziaria, la sottoscrizione dei contratti per la sua realizzazione; in tale fase alla definizione dell'idea progettuale segue la sua verifica (studio di fattibilità) da parte dell'advisor finanziario e l'elaborazione del c.d. information memorandum (documento informativo preliminare), che contiene tutte le informazioni sul progetto, ivi compresi il piano economico-finanziario ed il therm sheet, ovvero il documento sintetico sul finanziamento, la sua composizione, i termini di utilizzo e rimborso del prestito, il tasso d'interesse passivo, le banche finanziatrici, il pacchetto delle garanzie, l'insieme degli impegni, obblighi e

limitazioni che gravano sul debitore (covenant); in effetti l'information memorandum e' un documento complesso e composito (descrizione di progetto, promotori e struttura societaria; quadro normativo e rapporti con le autorità pubbliche; caratteristiche, specifiche tecniche, capacità produttiva, modalità e tempi di realizzazione delle opere e loro manutenzione; tecnologia del progetto; impatto ambientale; caratteristiche del mercato di finanziamento; gestione dell'iniziativa; modello economico-finanziario; struttura finanziaria del progetto; garanzie e aspetti assicurativi);

b) implementazione del progetto, in cui si provvede alla sottoscrizione dei contratti, all'avvio dei lavori di costruzione, all'erogazione dei finanziamenti, fase che termina con il collaudo delle opere;

c) gestione operativa dell'opera realizzata, con il rimborso del debito finanziario mediante il flusso dei ricavi ed il ripagamento del capitale di rischio: il rimborso pone termine all'operazione in project financing e da quel momento inizia la fase economicamente attiva per la S.P.V.

Particolare interesse assume, nella fase di identificazione dell'iniziativa il c.d. studio preliminare di fattibilità', che compete euristicamente al financial advisor, e che e' inteso a individuare i primi elementi progettuali attraverso i c.d. test di viabilità tecnica ed economico-finanziaria, e in definitiva a verificare se il progetto e' strutturabile in project financing, anche mediante i possibili "scenari economico-finanziari".

Importanza cruciale assume l'analisi del progetto da parte della banca, come financial advisor o ai fini dell'asseverazione del piano economico-finanziario, che attiene ai promotori, al mercato, al profilo tecnico, ai costi,

alle garanzie, ai flussi di cassa attesi, ai tempi ai fini delle operazioni di capitalizzazione e sconto.

Poiche' la validita' economico-finanziaria di un progetto e' funzione di una serie di variabili, la identificazione di quest'ultime e la loro previa valutazione diventa fondamentale: tale e' il compito della c.d. analisi di sensitivita', che serve appunto a individuare le varianti strategiche, cioe' i fattori per i quali una piccola variazione rispetto all'ipotesi di base determina un significativo cambiamento della performance di un progetto, e i parametri minimi accettabili di ogni variante strategica, ovvero la misura di discostamento dall'ipotesi di base entro la quale e' comunque assicurata la bancabilita' dell'iniziativa (tali variabili attengono alla domanda del bene o servizio, al suo prezzo, al livello dei costi di costruzione e gestione, al livello dei ricavi, al tempo di realizzazione, al tasso d'interesse passivo sul debito, all'incidenza di imposte e tasse, alla struttura delle fonti di finanziamento).

Nell'analisi del progetto, ed in particolare del piano economico-finanziario, assume importanza notevole il rapporto tra capitale proprio di rischio (equity) e capitale di debito (debt), espresso dalla formula equity/debt; il capitale di rischio e' quello fornito dai mezzi propri investiti dal promotore, di solito attraverso il capitale sottoscritto nella S.P.V.; una composizione quanto piu' ottimale della struttura delle fonti di finanziamento, ossia del rapporto equity/debt, e' essenziale per massimizzare il valore economico dell'investimento, ovvero minimizzare il costo del capitale di debito: una significativa partecipazione del promotore con capitale di rischio proprio e' importante ai fini della bancabilita' del progetto, perche' le banche

difficilmente accettano di correre un rischio commerciale pieno sul progetto, tenuto conto che assai di rado sono disposte ad assumere il ruolo di investitori quali soci della S.P.V.

1.2) Il project financing nella disciplina di diritto positivo

Così delineate le linee generali tecnico-economiche e finanziarie del project financing, occorre esaminare la disciplina di diritto positivo relativa alla sua utilizzazione quale sistema di realizzazione delle opere pubbliche e di pubblica utilità, che nell'ordinamento italiano ne connota la concreta disciplina e strutturazione.

1.2.1) Com'è noto, l'art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109

(*"Legge quadro in materia di lavori pubblici"*), introdotto dall'art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415 (recante *"Modifiche alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici"*) e modificato dall'art. 7 comma 1 della legge 1° agosto 2002, n. 166 (recante *"Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti"*), intitolato al *"Promotore"*, ha stabilito che:

"I soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati «promotori», possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici *proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità*, inseriti nella *programmazione triennale* di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli *strumenti di programmazione* formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, *tramite contratti di concessione*, di cui all'articolo 19, comma 2 (concessione di costruzione e gestione: n.d.e.) *con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi*. Le proposte sono presentate *entro il 30 giugno* di ogni

anno *oppure*, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, *entro il 31 dicembre*. Le proposte devono contenere uno *studio di inquadramento territoriale e ambientale*, uno *studio di fattibilita'*, un *progetto preliminare*, una *bozza di convenzione*, un *piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito* o da *societa' di servizi* costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una *societa' di revisione* ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una *specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione* nonche' l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b) (prezzo, valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalita' di gestione, livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare: n.d.e), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice; il regolamento detta indicazioni per chiarire ed agevolare le attivita' di asseverazione. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere d'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, soggetto all'accettazione da parte della amministrazione aggiudicatrice, non puo' superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario. I soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di

cui all'articolo 14 della presente legge, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità'.

Tale presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti" (comma 1).

“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti *dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali*, specificati dal regolamento (cfr. art. 99 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il “*Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni*”: n.d.e.), nonché i *soggetti di cui agli articoli 10* (imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative, consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili, associazioni temporanee di concorrenti, consorzi di concorrenti, soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico - G.E.I.E: n.d.e.) e 17, comma 1, lettera f) (società di ingegneria: n.d.e.), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (si tratta dei settori nei quali le fondazioni bancarie possono esercitare imprese coerenti con le finalità statutarie e detenere partecipazioni di controllo in società ed

enti che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese: n.d.e). Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale" (comma 2).

"Entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1, *le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica*, pubblicando un *avviso indicativo* con le modalità di cui all'articolo 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340, e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della presente legge" (comma 2 bis).

"Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, *le amministrazioni aggiudicatrici provvedono*: a) *alla nomina e comunicazione al promotore*

del responsabile del procedimento; b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione” (comma 2 ter).

A sua volta l’art. 37 ter, esso pure aggiunto dall’art. 11 della legge n. 418 del 1998 e modificato dall’art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, e intitolato “*Valutazione della proposta*”, prevede che:

*“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilita’ delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonche’ della qualita’ progettuale, della funzionalita’, della fruibilita’ dell’opera, dell’accessibilita’ al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l’assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminano le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un piu’ lungo programma di esame e valutazione. Nella procedura negoziata di cui all’articolo 37 *quater* il promotore potra’ adeguare la propria proposta a quella giudicata dall’amministrazione piu’ conveniente. In questo caso, il promotore risultera’ aggiudicatario della concessione”*.

L'art. 37 quater, anch'esso aggiunto dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 e modificato dall'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, intitolato

“Indizione della gara”, dispone a sua volta che:

“Entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'articolo 37-ter di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 8, ultimo periodo, e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, procedono, per ogni proposta individuata:

a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonche' i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; e' altresì consentita la procedura di appalto-concorso;

b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto” (comma 1).

“La proposta del promotore posta a base di gara e' vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed e' garantita dalla cauzione di cui all'articolo 30, comma 1, e da una ulteriore cauzione pari all'importo di

cui all'articolo 37-*bis*, comma 1, quinto periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara" (comma 2).

"I partecipanti alla gara, oltre alla cauzione di cui all'articolo 30, comma 1, versano, mediante fidejussione bancaria o assicurativa, un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'articolo 37-*bis*, comma 1, quinto periodo" (comma 3).

"Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera *b*), il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 37-*bis*, comma 1, quinto periodo. Il pagamento e' effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3" (comma 4).

"Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera *b*), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso e' tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo di cui all'articolo 37 *bis*, comma 1, quinto periodo. Il pagamento e' effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3" (comma 5).

L'art. 37 quinquies, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 e modificato dall'art. 6 della legge 17 maggio 1999, n. 144, intitolato alla "*Societa' di progetto*", stabilisce poi che:

“Il bando di gara per l’affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l’aggiudicatario ha la facoltà, dopo l’aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l’ammontare minimo del capitale sociale della società’. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell’offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all’articolo 37- quater. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all’aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell’aggiudicatario” (comma 1).

“I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi” (comma 1 bis).

“Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l’aggiudicatario in tutti i rapporti con l’Amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso

d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società' restano solidalmente responsabili con la società' di progetto nei confronti dell'Amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società' di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società' di progetto, *fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società'* ed a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società' di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche ed altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento" (comma 1 ter).

L'art. 37 sexies, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 418 del 1998 e intitolato "*Società' di progetto: emissione di obbligazioni*", autorizza poi le società' di progetto ad emettere obbligazioni anche in deroga ai limiti di cui all'art. 2410 cod. civ. (limiti superati dalla novella di cui all'art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6); mentre l'art. 37 septies, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 418 del 1998 e intitolato "*Risoluzione*", stabilisce i rimborsi dovuti al concessionario nel caso di risoluzione della concessione per inadempimento del concedente o di revoca per ragioni di pubblico interesse; l'art. 37 octies,

aggiunto dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 e intitolato “*Subentro*”, consente agli enti finanziatori di evitare la risoluzione della concessione per inadempimento del concessionario indicando una società che possa subentrare nella concessione e che, a certe condizioni, il concedente è tenuto ad accettare; infine l'art. 37 nonies, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 e intitolato “*Privilegio sui crediti*”, riconosce a certe condizioni un privilegio generale sui beni mobili del concessionario in favore dei soggetti finanziatori della realizzazione di lavori pubblici o di opere di pubblica utilità e della gestione di pubblici servizi.

1.2.2) Peculiarità del project financing nella disciplina di diritto positivo; orientamenti dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e della giurisprudenza amministrativa.

La disciplina di diritto positivo del *project financing* ai fini della realizzazione di lavori pubblici e opere di pubblica utilità si discosta, com'è evidente, dall'astratto modello esaminato sub 1.1).

La finanza di progetto e' ammessa soltanto nel quadro di specifiche previsioni programmatiche (dovendo i lavori relativi essere inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici o comunque in specifici atti programmatici), sia pure col temperamento di consentire a soggetti pubblici e privati di presentare proposte d'intervento anche nella fase ed ai fini dell'elaborazione del programma triennale; la/le proposta/e devono essere presentate mediante precise scadenze temporali (30 giugno o 31 dicembre di ogni anno) a seguito della pubblicazione di avviso indicativo annuale e devono essere asseverate da un istituto di credito, da una società di servizi o da una società di revisione; la proposta ha un contenuto tipizzato; la

valutazione tecnica relativa alla fattibilita' della proposta, da parte dell'amministrazione, in base ad una pluralita' di parametri, non implica ex se la sua approvazione o adozione, ai cui fini rileva anche la valutazione, di squisita discrezionalita', della sua rispondenza all'interesse pubblico, da esprimere entro termine contenuto; l'unico modello ammesso di realizzazione della proposta e' la concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 19 comma 2 della legge n. 104 del 1999 (e quindi il c.d. B.O.T. : build, operate and transfer); l'approvazione della proposta apre la strada ad una procedura concorsuale (licitazione privata mediante offerta economicamente piu' vantaggiosa o appalto concorso) finalizzata non gia' all'aggiudicazione diretta della concessione, sebbene alla individuazione di non piu' di due soggetti coi quali instaurare una procedura negoziata alla quale partecipa anche il promotore, che peraltro rimane vincolato alla sua proposta e rimane aggiudicatario della concessione se nella gara non vi siano altre offerte ammesse o se nella procedura negoziata adegui la proposta a quella (diversa dalla propria) che l'amministrazione giudichi piu' conveniente.

L'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti importanti della ricordata disciplina.

Cosi', e' stato precisato che:

- l'avviso indicativo annuale deve specificare l'importo dei lavori, la tipologia delle commesse, la localita' dell'esecuzione dell'intervento (deliberazione n. 55 (R/85-04) del 31 marzo 2004);
- le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 166 del 2002 non alterano nella sostanza la fase della presentazione della proposta e della sua valutazione da

parte dell'amministrazione e sono di immediata applicazione

(determinazione n. 27 (Q/217) del 16 ottobre 2002);

- l'asseverazione del piano economico-finanziario non deve intendersi come attribuzione al sistema bancario di una nuova e differente posizione

giuridica, ma si risolve in una "attestazione qualificata", che giova sia alla pubblica amministrazione nelle sue autonome valutazioni sia al mercato che dispone di un piano economico finanziario "proponibile" alla comunità dei finanziatori (atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001);

- la valutazione della/e proposta/e si distingue in una preliminare fase di valutazione propriamente tecnica e in una fase di valutazione discrezionale della rispondenza al pubblico interesse delle proposte ritenute tecnicamente valide (determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001);

- al fine della valutazione della/e proposta/e le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi di supporti tecnici, anche mediante la nomina di commissioni (nota dell'ufficio affari giuridici n. 37191);

- la gara per la selezione delle altre due offerte da comparare con la proposta in sede di procedura negoziata deve avere a base il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato secondo le determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura prevista dal piano economico-finanziario, e solo tali elementi documentali sono accessibili, non anche il piano economico-finanziario che come documento a se stante resta riservato "... in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a

quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato” (determinazione n. 4 del 6 marzo 2002);

- i partecipanti alla licitazione privata indetta ai sensi dell’art. 37 quater (ovviamente il discorso e’ diverso in caso di appalto concorso) non sono tenuti nell’offerta a proporre varianti al progetto del promotore posto a base di gara e quindi il rimborso della spesa non dipende dalla introduzione di varianti progettuali e prescinde, in funzione della sua misura forfetaria, dalla verifica di quella effettivamente sostenuta (atto di regolazione n. 51 del 26 ottobre 2000).

A sua volta la giurisprudenza amministrativa ha posto alcuni punti fermi:

- le modalita’ del confronto concorrenziale per l’individuazione e adozione della proposta sono meno formali e piu’ libere rispetto a quelle tipizzate per le gare d’appalto in senso proprio (T.A.R. Lombardia, Milano, 22 Giugno 2000 n. 2036), ancorche’ la fissazione di criteri di valutazione e correlati punteggi debba necessariamente precedere, secondo un principio di correttezza, l’apertura dei plichi contenenti le proposte (T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358);

- e’ senz’altro ammissibile che l’amministrazione solleciti la presentazione di proposte in project financing mediante avviso pubblico inteso alla presentazione ed al confronto concorrenziale di una pluralita’ di proposte (T.A.R. Marche, 11 aprile 2003, n. 241);

- la procedura di project financing puo’ riguardare anche i settori esclusi i cui appalti pubblici sono normati dal d.lgs. 158 del 1995 (T.A.R. Sardegna, 30 novembre 2001, n. 1288);

- sono legittimati a presentare proposte in project financing non solo associazioni temporanee d'impresa già costituite ma anche costituende (Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468) o singole imprese (Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916), ed anche un raggruppamento di cui sia parte un'azienda partecipata o controllata dall'amministrazione interessata, come pure è consentita la successiva modificazione del raggruppamento promotore (T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002, n. 645);

- la valutazione ed esclusione della/e proposta/e compete alla commissione tecnica all'uopo costituita e non al responsabile del procedimento (T.A.R. Veneto, 19 Giugno 2002, n. 3051);

- nel confronto concorrenziale tra le proposte deve escludersi in linea di massima il potere dell'amministrazione di richiedere integrazioni documentali che potrebbero comportare integrazioni alla proposta (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 gennaio 2004, n. 914) e quindi relative, ad esempio, al piano economico-finanziario (T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449), limiti che non sussistono, invece, nella successiva procedura negoziata in cui può ipotizzarsi una sorta di "dialogo tecnico" sulla proposta (T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 Luglio 2002, n. 1547);

- l'amministrazione non può modificare radicalmente l'impostazione della proposta prescelta, e tantomeno del piano economico-finanziario asseverato (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 Luglio 2001, n. 4729; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449), ma può consentire che assieme alla gestione dell'opera pubblica o di pubblica utilità sia prevista per il concessionario l'alienabilità di parte dell'opera (in caso ad esempio di parcheggi: cfr. T.A.R. Umbria, 14 Gennaio 2002, n. 23);

- il piano finanziario ha ruolo essenziale e centrale nella proposta di project financing e così le relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio (Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449; T.A.R. Lombardia, Milano, 2 luglio 2001 n. 4729);

- tanto il promotore quanto la società di progetto sono legittimati ad impugnare l'esito della licitazione privata o dell'appalto concorso indetto ai sensi dell'art. 37 quater (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140).

2.) Esame delle eccezioni pregiudiziali, del ricorso incidentale, del ricorso principale

Così delineato il quadro di riferimento concettuale e normativo imprescindibile per l'esatta comprensione dei vari profili problematici della controversia in esame, occorre esaminare di seguito, nell'ordine logico-giuridico, le eccezioni pregiudiziali spiegate dal Comune di Bari e dalle società controinteressate intime (par. 2.1 e sottoparagrafi), il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti (par. 3. e sottoparagrafi), il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti (par. 4. e sottoparagrafi).

2.1) Le eccezioni pregiudiziali

Quanto alle eccezioni pregiudiziali, spiegate dai difensori del Comune di Bari e delle controinteressate intime, viene anzitutto in rilievo quella più radicale attinente all'*inammissibilità del ricorso* (e quindi derivatamente dei motivi aggiunti) *in ragione della sua sottoscrizione da parte del legale rappresentante della sola società ricorrente anziché, in via congiuntiva, dai legali rappresentanti dell'Università degli Studi di Bari e della società*

Sicontra S.r.l., ovvero dagli altri soggetti della costituenda associazione temporanea d'impresa.

L'eccezione e' destituita di fondamento giuridico.

A prescindere dal rilievo che la societa' ricorrente ha dichiarato di agire anche in proprio, debbono nella fattispecie trovare applicazione i *quieti principi giurisprudenziali* elaborati in ordine alla legittimazione attiva delle singole imprese di in un raggruppamento temporaneo d'impresa.

Secondo un arresto giurisprudenziale ormai consolidato "Sussistono due fasi distinte nel rapporto tra raggruppamento di imprese ed amministrazione: quella della gara, in cui le imprese partecipanti all'associazione temporanea si limitano a sottoscrivere congiuntamente l'offerta e si vincolano alla costituzione formale del raggruppamento in caso di aggiudicazione e quella successiva alla selezione dell'offerta, in cui le singole imprese conferiscono ad una di esse un mandato con rappresentanza, che implica l'attribuzione alla mandataria del potere rappresentativo dei diritti e degli interessi propri di tutte le imprese associate e del raggruppamento nel suo complesso; pertanto, sul piano processuale, *nella fase della gara le singole imprese sottoscrittrici dell'offerta congiunta conservano la legittimazione attiva e passiva nelle controversie relative alla legittimita' degli atti della procedura ed instaurate anteriormente alla costituzione formale del raggruppamento temporaneo;* mentre nella fase successiva all'aggiudicazione ed al conferimento alla capogruppo del mandato con rappresentanza, la legittimazione processuale a tutela degli interessi della associate, spetta solo a quest'ultima" (Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1012, tra le tante e piu' recenti; ma il principio ha ben piu' risalenti

affermazioni: vedi Cons. Stato, Sez. IV, 22 aprile 1996, n. 528 e 1 febbraio 1994, n. 83; nonché T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 12 settembre 2003, n. 1415 e T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 5 settembre 1997, n. 528, tra le tante).

2.2) segue: le eccezioni pregiudiziali

Infondata e' altresì l'eccezione di inammissibilità del ricorso in relazione all'*omessa dimostrazione che dall'esame del ricorso consegue l'attribuzione alla società ricorrente di miglior punteggio, tale da collocarla in posizione potiore rispetto alle controinteressate.*

E' evidente infatti che detta eccezione, riferibile alle doglianze concernenti l'esame comparativo delle proposte (e quindi, in effetti, oltre che alla censure di cui al motivo sub 1), anche al motivo sub 4)), e quindi *inidonea ad incidere sull'ammissibilità delle altre censure e del ricorso*, non considera che *il coacervo delle suddette censure mira a revocare in dubbio l'attendibilità e congruità del giudizio espresso dalla commissione tecnica di valutazione sulle proposte in comparazione, al fine della rinnovazione delle operazioni di valutazione.*

2.3) segue: le eccezioni pregiudiziali

Potrebbe, viceversa, risultare fondata l'altra eccezione di inammissibilità relativa all'*omessa impugnativa della clausola dell'avviso pubblico relativa alla facoltà dei candidati alla selezione delle proposte in project financing di presentare "proposte integrative e migliorative"*.

Peraltro tale eccezione riguarderebbe soltanto l'ammissibilità delle censure concernenti il contenuto della proposta delle controinteressate e la previsione ivi contenuta di un numero aggiuntivo di stalli per auto (motivo sub 4), e quindi *non inciderebbe sull'esame degli altri motivi di ricorso.*

Dalla suddetta eccezione, il Tribunale ritiene però di poter prescindere in ragione dell'infondatezza del ricorso principale anche in relazione alle segnalate censure, di cui si dirà appresso.

2.4) segue: le eccezioni pregiudiziali

E' del pari infondata l'eccezione pregiudiziale riferita all'inammissibilità delle censure dedotte col motivo sub 3), in relazione all'omessa impugnativa dell'avviso di selezione nella parte in cui ha previsto le modalità di presentazione delle proposte (con semplice plico chiuso anziché sigillato sui lembi di chiusura), posto che dal tenore del motivo si evince chiaramente l'impugnazione dell'avviso sul punto.

Ne' ha poi maggior pregio l'altra eccezione pregiudiziale relativa alla *dedotta inammissibilità dell'impugnativa dell'avviso pubblico in relazione alla carente impugnazione del relativo provvedimento di approvazione.*

A prescindere dal *carattere esasperatamente formalistico dell'eccezione*, e dal rilievo che *l'avviso pubblico non conteneva menzione alcuna del provvedimento di approvazione del medesimo*, e' del tutto evidente infatti che *l'inequivoca impugnazione dell'atto di invito pubblico alla presentazione delle proposte in project financing si estende anche in modo implicito ma chiaro*, tra gli atti presupposti indicati nell'epigrafe del ricorso, *alla determinazione amministrativa di approvazione dell'avviso.*

Quanto infine alla dedotta inammissibilità delle censure riferite all'operato della commissione, per la parte in cui ha fissato essa stessa i criteri valutativi, in quanto non accompagnata dall'impugnazione dell'avviso di selezione per la parte in cui non ha invece esso stabilito i medesimi criteri,

puo' prescindere dall'eccezione in relazione all'infondatezza delle suddette censure.

3.) Il ricorso incidentale

Nell'ordine il Tribunale deve quindi esaminare il ricorso incidentale che mira a minare in radice l'interesse al ricorso principale.

Orbene, anche il ricorso incidentale e' infondato.

3.1) Con il motivo sub 1) del ricorso incidentale le controinteressate intimare deducono che *la proposta presentata dalla societa' ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dal confronto comparativo con le altre proposte in quanto essa era riferibile a costituenda associazione temporanea d'impresе comprendente soggetto istituzionale (l'Universita' degli Studi di Bari) privo di natura imprenditoriale.*

La censura, per quanto suggestiva, e' infondata.

Al riguardo e' sufficiente osservare che l'art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (*"Legge quadro in materia di lavori pubblici"*), introdotto dall'art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415 (recante *"Modifiche alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici"*) e modificato dall'art. 7 comma 1 della legge 1° agosto 2002, n. 166 (recante *"Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti"*), intitolato al *"Promotore"*, ha stabilito che:

"Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento (cfr. art. 99 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il "Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni": n.d.e.), nonche' i

soggetti di cui agli articoli 10 (imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative, consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili, associazioni temporanee di concorrenti, consorzi di concorrenti, soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico - G.E.I.E: n.d.e.) e 17, comma 1, lettera f) (società di ingegneria: n.d.e.), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (si tratta dei settori nei quali le fondazioni bancarie possono esercitare imprese coerenti con le finalità statutarie e detenere partecipazioni di controllo in società ed enti che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese: n.d.e.). Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale" (comma 2).

La previsione dell'eventuale associazione "...con enti finanziatori...(oltre che gestori di servizio pubblico: n.d.e.)..." rende ragione della possibilità che all'associazione temporanea, e quindi all'eventuale società di progetto, partecipino, in quanto portatori di interesse anche in parte proprio o comunque coincidente con l'interesse pubblico più generale alla realizzazione dell'opera, enti in senso lato, e quindi sia pubblici che privati,

purche' assicurino il finanziamento di una parte dei lavori (mediante sottoscrizione di una quota di capitale della societa' di progetto o conferimento di definiti e specifici mezzi finanziari).

3.2) Analogamente infondato e' il motivo sub 2) del ricorso incidentale, imperniato sul *carente contenuto del piano economico-finanziario* in quanto *contenente previsioni ristrette ad un arco temporale (18 anni) inferiore alla durata della concessione di costruzione e gestione (30 anni) e carente dell'analisi dei flussi di cassa.*

Le suddette censure non si riverberano, infatti, sulla completezza formale della proposta, e quindi non implicano esclusione della proposta ma soltanto sulla sua qualita' e adeguatezza; tali carenze implicano un giudizio di merito da parte della commissione tecnica, che, infatti ha correttamente giudicato del tutto insufficiente il livello di sensibilita' dei risultati economico-finanziari ed il livello di approfondimento dell'analisi di bancabilita' della proposta presentata dal raggruppamento con capogruppo la societa' ricorrente, assegnando per tali "voci" punti 0.

3.3) Considerazioni analoghe a quelle teste' svolte valgono per il motivo sub 3) del ricorso incidentale: la carenza degli elaborati progettuali quanto al profilo geognostico incide soltanto sulla valutazione relativa alla qualita' progettuale, e per tale aspetto, nell'ambito della voce "profilo costruttivo", la commissione tecnica non ha mancato di porre in luce tale insufficienza ("carente la proposta MAZZITELLI UNIV. SICONTRA"), assegnando alla medesima soltanto punti 1,5 (a fronte dei punti 5 attribuiti alla societa' GIEM e ai punti 4,5 riconosciuti alla DEC BARI PARK e alla SABA MATARRESE).

3.4) Del pari quanto al motivo sub 4) del ricorso incidentale la previsione, nella proposta della ricorrente principale, di un dimensionamento del parcheggio inferiore a quello indicato nell'avviso pubblico di selezione (162 posti in meno rispetto ai 600 indicati) non comporta esclusione ma soltanto pertinenti valutazioni di merito tecnico.

Correttamente, dunque, la commissione di valutazione ha proceduto a considerare “nel merito” la proposta della ricorrenti principale, poiche’ *la detta previsione non poteva consentire ex se l’esclusione della proposta ma andava considerata nel suo apprezzamento tecnico-economico complessivo in base agli elementi di cui all’art. 37 ter e ai subcriteri elaborati dalla stessa commissione.*

D’altro canto *lo stesso avviso di selezione della proposta in project financing disponeva, a chiare lettere che “le analisi di prefattibilita’ (predisposte dagli uffici comunali: n.d.e.) non precludono al promotore, a sua autonoma valutazione, la facolta’ di presentare proposte integrative e migliorative”.*

Sicche’, salva la sola e ovvia esclusione di variazioni di tipo progettuale, gestionale, tecnico-economico e finanziario tali da stravolgere e snaturare i caratteri essenziali e tipici del project financing in rapporto all’opera infrastrutturale da realizzare (quali ad esempio la previsione di parcheggi non interrati, non ubicati nelle zone specificamente indicate, riservati esclusivamente alla sosta in abbonamento e non anche a quella oraria, con previsione di concorso finanziario dell’ente territoriale concedente alla realizzazione dell’opera e/o alla sua gestione, etc.), l’avviso di selezione ha inteso lasciare ai concorrenti, in relazione all’ampiezza della formula

linguistica utilizzata (proposte integrative e migliorative, quindi solo integrative o solo migliorative o consentanee), il piu' ampio campo di esercizio nell'elaborazione progettuale e nella strutturazione del project financing.

Ogni diversa impostazione tradirebbe le stesse finalita' di una selezione di proposte in project financing che risponde appieno all'interesse pubblico proprio quando offre, salvi i limiti dianzi evidenziati, una gamma potenzialmente diversificata di soluzioni tecniche, economiche, gestionali e finanziarie, non essendo riducibile alle finalita' e quindi ai vincoli propri di una comune gara d'appalto.

D'altro canto proprio *la predetta clausola legittima pienamente anche le soluzioni contenute nella proposta delle controinteressate*, poi prescelta, sia quanto alle scelte strutturali (parcheggio a tre impalcati, con maggior sviluppo in profondita') sia quanto al dimensionamento dell'opera (99 stalli auto in piu'), connotando l'infondatezza delle censure dedotte al riguardo dalle societa' ricorrenti, di cui si dira' piu' oltre.

4.) Il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti

L'infondatezza del ricorso incidentale apre la strada all'*esame delle censure contenute nel ricorso principale e nei relativi motivi aggiunti.*

4.1) Con il motivo sub 1) del ricorso principale e' stata dedotta la *carenza di una preventiva valutazione di fattibilita' delle proposte presentate* che avrebbe dovuto precedere la comparazione in senso proprio delle stesse e che non potrebbe ritenersi da questa sostituita o integrata, neanche mediante l'attribuzione dei punteggi in riferimento ai vari elementi valutativi e ai subcriteri stabiliti dalla commissione.

La censura e' destituita di qualsivoglia fondamento giuridico.

Come gia' esaminato sub 1.1), nel modello generale del project financing lo studio di fattibilita' della proposta costituisce una fase della sua elaborazione e compete al financial advisor, ed i relativi dati confluiscono, assieme al piano economico-finanziario ed al term sheet nel c.d. information memorandum.

Nel modello normativo del project financing strutturato ai fini della realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilita', e secondo il chiaro ed inequivoco enunciato dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, la valutazione in ordine alla fattibilita' della proposta e' invece la risultante dell'esame di una pluralita' di elementi, sicche' non e' sostenibile che sia non che dovuta nemmeno consentita una sorta di analisi preliminare di fattibilita' distinta dalla valutazione complessiva della proposta condotta sulla base di tutti e di ciascuno di quegli elementi.

L'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 418 del 1998 e modificato dall'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, e intitolato "Valutazione della proposta", prevede al primo comma che:

"Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilita' delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonche' della qualita' progettuale, della funzionalita', della fruibilita' dell'opera, dell'accessibilita' al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi

ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse...”.

In altri termini la valutazione di fattibilita' della proposta coincide con la valutazione globale di quegli elementi, ne e' la risultante, esprime in chiave riassuntiva e sintetica il giudizio tecnico, economico e finanziario cui e' chiamata l'amministrazione, in genere la commissione all'uopo costituita, salvo l'apprezzamento, di squisita discrezionalità e che compete in modo precipuo all'amministrazione, della rispondenza della proposta all'interesse pubblico.

Sicche' non solo la commissione tecnica non era tenuta ad alcuna pretesa valutazione preliminare di fattibilita' delle proposte disgiunta dal loro esame sotto tutti i parametri enunciati dall'art. 37 ter, ma ove avesse diversamente operato sarebbe incorsa in palese violazione della disposizione, questa si' censurabile sul piano della legittimita'.

4.2-3) Possono esaminarsi congiuntamente le censure di cui ai motivi sub 2) e 3) del ricorso principale, ancorche' sotto il profilo logico- giuridico quelle dedotte col motivo successivo siano antecedenti a quelle di cui al motivo che lo precede.

Infatti con il motivo sub 3) si censura non soltanto la pretesa incompetenza della commissione a stabilire i criteri di valutazione delle proposte, ma direttamente l'avviso pubblico di selezione, nella parte in cui non ha fissato esso stesso tali criteri, ne' ha posto regole idonee a garantire la segretezza delle proposte mediante sigillatura dei plichi dopo la presentazione delle proposte.

Con lo stesso motivo, poi, si deduce che i criteri fissati dalla commissione ed i correlati pesi numerici ad essi assegnati sarebbero illogici, generici, irrazionali.

Tali doglianze si ricollegano poi a quelle di al motivo sub 2.) che prospettano l'illegittimità dell'operato della commissione di valutazione perché questa avrebbe fissato criteri valutativi e esaminato le proposte come se, anziché di procedura di project financing, si trattasse di appalto concorso o mera concessione di costruzione e gestione, senza darsi cura di "omogeneizzare" le proposte stesse.

Nell'ordine deve esaminarsi, anzitutto, la censura d'illegittimità della *clausola dell'avviso pubblico* di selezione delle proposte in project financing che *si è limitata a richiedere l'inserimento delle proposte e della relativa documentazione in busta (plico) chiuso, anziché in plico sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura* in dedotta violazione dei principi generali che presiedono alle pubbliche gare e con modalità inidonee a garantire la segretezza delle proposte.

In linea preliminare ed in punto di fatto deve rammentarsi che *e' del tutto pacifico che le proposte presentate fossero tutte contenute in plichi chiusi, che non presentavano segno alcuno di apertura o lacerazione, e che sono stati aperti, dopo la fissazione dei subcriteri di valutazione, in seduta pubblica ed alla presenza anche del rappresentante della società ricorrente.*

In altri termini non vi è alcun dubbio che la clausola censurata non abbia inciso in alcun modo sulla regolarità delle operazioni di gara.

D'altro canto le stringenti regole relative alla sigillatura e controfirma dei plichi riguardano le offerte e relativa documentazione nelle gare d'appalto, caratterizzate dall'aggiudicazione del contratto, laddove nel caso di specie si tratta di procedura orientata solo alla selezione di proposta/e in project financing, ispirata, come rilevato dalla giurisprudenza, a maggiore liberta' di forme e quindi contrassegnata da minori vincoli formali (cfr. (T.A.R. Lombardia, Milano, 22 Giugno 2000 n. 2036), salva l'imprescindibile previa fissazione di criteri valutativi e punteggi a essi aggregati in momento antecedente l'apertura dei plichi (T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358).

Si aggiunga che proprio la relativa genericita' della clausola dell'avviso pubblico di selezione non escludeva di certo che i concorrenti potessero chiudere i plichi con modalita' tali da garantirne in modo piu' stringente l'integrita', laddove non risulta che le stesse societa' ricorrenti abbiano avvertito tale esigenza e, ad esempio, abbiano provveduto -come pure era senz'altro consentito- ad apporre sui lembi di chiusura del plico un proprio sigillo identificativo o delle firme.

Alla stregua dei rilievi che precedono, dunque, la censura teste' esaminata e' destituita di fondamento giuridico.

Non coglie nel segno nemmeno la censura, sempre rivolta avverso l'avviso pubblico di selezione, nella parte in cui non ha indicato gli elementi di valutazione delle proposte e i relativi parametri numerici, cosi' consentendo alla commissione di fissare essa stessa i suddetti elementi e i correlati punteggi.

L'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, giova ribadirlo, stabilisce, per quanto qui interessa, che:

“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse...”

Orbene, e' la stessa disposizione che individua con assoluta chiarezza e inequivocita' gli elementi sui quali deve cadere la valutazione di fattibilità della/delle proposta/e, senza stabilire peraltro alcun ordine decrescente di importanza, com'è reso evidente dalla circostanza, esattamente sottolineata dai difensori del Comune di Bari e delle controinteressate intimato, che nell'elencazione di tali elementi il piano economico-finanziario, che rappresenta indubbiamente il cuore del project financing, segua ad altri di intuitiva, minore importanza (si pensi alle tariffe e soprattutto alla metodologia del loro aggiornamento).

Tale scelta normativa non è frutto di cattiva tecnica redazionale legislativa, risultando invece coerente con i caratteri e le finalità della selezione delle proposte in project financing, intesa ad una valutazione globale della

“fattibilita’” delle medesime sotto una pluralita’ di profili che rispecchiano la complessita’ degli elementi da considerare nell’ambito di un peculiare sistema di realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilita’ nel quale viene in gioco la “credibilita’” della proposta sotto il profilo tecnico, economico e finanziario.

La societa’ ricorrente non sembra cogliere i caratteri peculiari del project financing, dimenticando tra l’altro che la stessa valutazione di fattibilita’ di una proposta non ne implica di per se’ ancora la sua suscettivita’ di esser posta in gara nella licitazione privata o nell’appalto concorso per l’affidamento della concessione di costruzione e gestione, condizionata invece da un’ulteriore valutazione, di squisita discrezionalita’, relativa alla rispondenza della proposta all’interesse pubblico; di tal che’ potrebbe accadere che tra due o piu’ proposte in comparazione, egualmente giudicate in modo favorevole, non sia quella “migliore” sotto il profilo tecnico, economico e finanziario, ad essere adottata, magari risultandone un’altra maggiormente rispondente all’interesse pubblico.

Non possono quindi istituirsi analogie o parallelismi di sorta tra una gara d’appalto a licitazione privata con aggiudicazione all’offerta economicamente piu’ vantaggiosa, o un appalto concorso, in cui, proprio in vista dell’aggiudicazione del contratto, e’ imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla lex specialis di gara in ordine d’importanza, ed una procedura selettiva intesa a individuare una proposta in project financing.

E così destituita di fondamento giuridico e' anche la censura che la commissione di valutazione abbia operato come se si trattasse di appalto-concorso o mera concessione di costruzione e gestione.

Certamente nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati; ma del pari nulla le impone di farlo.

E lo stesso giudizio di fattibilita' potrebbe quindi ancorarsi ad una valutazione non estrinsecata in "pesi" numerici, oppure, piu' opportunamente e come accaduto nel caso di specie, ad una articolazione, a cura della commissione tecnica, degli elementi assoggettati a valutazione in sottovoci, intese a enuclearne gli aspetti di maggior incidenza cui aggregare punteggi, a ovvi fini di delimitazione della discrezionalita' valutativa della commissione tecnica e di maggiore trasparenza.

E qualora tali aspetti non siano irragionevolmente diversi o esorbitanti dall'ambito tecnico-concettuale di ciascun aspetto, anche nella loro espressione di peso numerico, ogni altro apprezzamento sconfinava nel merito tecnico della valutazione globale di fattibilita', inattuabile dal sindacato del G.A.

Alla luce delle osservazioni svolte, quindi, non puo' censurarsi sul piano della legittimita' l'avviso di selezione che, nell'ambito dell'ampia discrezionalita' evidenziata, non ha ritenuto di fissare esso stesso i "pesi numerici" dei vari elementi valutativi, identificati direttamente dall'art. 37 ter.

Del pari immune da censure appare la scelta della commissione di articolare in sottovoci gli elementi valutativi enunciati dall'art. 37 ter, ragguagliandovi determinati punteggi.

Sotto tale profilo Giova rammentare che la commissione tecnica ha ragguagliato a ciascun parametro valutativo, quale enunciato dall'art. 37 ter, un punteggio (nel complesso punti 100), quest'ultimo a sua volta scomposto secondo "voci".

Si riporta uno specchio riassuntivo:

PROFILO COSTRUTTIVO MAX. PUNTI 15
<i>Impiego accorgimenti tecnici o procedurali, ottimali anche con riferimento ai problemi di falda: max. punti 6</i>
<i>Massimizzazione dei requisiti di affidabilita', disponibilita' e manutenibilita' max. punti 5</i>
<i>Utilizzo di tecniche costruttive che minimizzino l'impatto dei cantieri con l'ambiente circostante: max. p. 4</i>
PROFILO URBANISTICO MAX. PUNTI 6
<i>Riqualificazione dell'area di intervento e coerenza della soluzione progettuale con l'assetto urbanistico e morfologico della stessa area: max. punti 3</i>
<i>Stima del grado e del livello dei servizi esistenti in relazione alle insufficienze degli spazi di sosta e dei carichi insediativi: max. punti 3</i>
PROFILO AMBIENTALE MAX. PUNTI 6
<i>Grado di riqualificazione ambientale della zona oggetto di intervento, mirata al contenimento e alla riduzione del congestionamento del traffico e</i>

<i>dell'inquinamento chimico, anche con riferimento agli scarichi gassosi interni al parcheggio: max. punti 6</i>
QUALITA' PROGETTUALE MAX. PUNTI 15
<i>La maggior definizione del "contorno" al progetto, la sistemazione delle aree sovrastanti il parcheggio, con particolare riferimento all'arredo urbano: max. punti 6</i>
<i>Determinazione del numero ottimale degli stalli in funzione della concentrazione delle utenze: max. punti 4</i>
<i>Qualita' degli spazi (vivibilita', sicurezza, orientamento, interni al parcheggio): max. punti 3</i>
<i>Livello di elaborazione di un progetto preliminare, come minimo, secondo quanto previsto dal Regolamento di attuazione della Legge quadro sul LL.PP.: max. punti 2</i>
FUNZIONALITA' MAX. PUNTI 3
<i>Grado di accessibilita' e facilita' d'uso del parcheggio: max. punti 3</i>
FRUIBILITA' DELL'OPERA MAX. PUNTI 7
<i>Massimizzazione della estensione del servizio alle diverse categorie di utenti: max. punti 4</i>
<i>Ottimizzazione tra il numero dei posti di presa e di consegna delle autovetture all'interno del parcheggio ed i flussi di traffico delle zone a contorno: max. punti 3</i>
ACCESSIBILITA' AL PUBBLICO MAX. PUNTI 2
<i>Disponibilita' con l'utenza attraverso facili ed efficaci strumenti di comunicazione con il concessionario: max. punti 2</i>

RENDIMENTO MAX. PUNTI 7
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di redditività: max. punti 7</i>
COSTO DI GESTIONE E MANUTENZIONE MAX. PUNTI 6
<i>Soluzioni progettuali che consentono migliori condizioni economiche di manutenzione e gestione: max. punti 4</i>
<i>Il piano economico finanziario deve esplicitare nei dettagli le singole voci che compongono l'insieme dei costi di gestione e di manutenzione ordinaria e straordinaria: max. punti 2</i>
DURATA DELLA CONCESSIONE: MAX. PUNTI 2
<i>0,5 punti per ogni sei mesi o frazione in meno rispetto ai trenta anni massimi di concessione: max. punti 2</i>
TEMPI DI ULTIMAZIONE DEI LAVORI DELLA CONCESSIONE MAX. PUNTI 4
<i>Livello di attendibilità del cronoprogramma dei lavori: max. punti 4</i>
TARIFFE DA APPLICARE MAX. PUNTI 4
<i>Ottimizzazione delle tariffe da applicare in funzione dell'analisi di mercato: max. punti 4</i>
METODOLOGIA DI AGGIORNAMENTO DELLE TARIFFE: MAX. PUNTI 1
<i>Livello di approfondimento metodologico e di specificazione dei criteri di aggiornamento: max. punti 1</i>
VALORE ECONOMICO E FINANZIARIO DEL PIANO: MAX PUNTI 15
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di mercato: max. punti 6</i>

<i>Livello di analiticità e di robustezza delle previsioni economico-finanziarie, con particolare riferimento all'analisi dei costi ed ai programmi di investimento: max. punti 4</i>
<i>Livello di sensibilità dei risultati economico-finanziari: max. punti 3</i>
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità: max. punti 2</i>
CONTENUTO DELLA BOZZA DI CONVENZIONE: MAX. PUNTI 7
<i>Coerenza con il piano economico finanziario e più in generale con i singoli elementi della proposta: max. punti 3</i>
<i>Completezza, con particolare riferimento all'art. 86 del d.P.R. n. 554/99: max. punti 2</i>
<i>Analiticità della stesura delle clausole: max. punti 1</i>
<i>Presenza del maggior numero di clausole riferibili alla proposta: max. punti 1</i>

Orbene, e' evidente che *la commissione*, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, *ha individuato anzitutto il peso ponderale*, in termini numerici, *da attribuire a ciascuno dei parametri o profili indicati nell'art. 37 ter.*

E, quanto al "valore" assegnato nel complesso a ciascun profilo ed alla loro equilibrata distribuzione, nessuna censura puntuale, analitica, idonea a revocare in dubbio la ragionevolezza dei pesi assegnati e' stata formulata dalle società ricorrenti.

D'altro canto, trattandosi di costruzione di opera in project financing, ed alla luce delle osservazioni generali innanzi svolte, e' del tutto evidente la pertinenza del rilievo assegnato a taluni profili (costruttivo, qualità progettuale, piano economico-finanziario: a ciascuno dei quali sono stati

riservati punti 15), come pure all'inserimento urbanistico ed ambientale dell'opera (per ciascuno punti 6), non meno che ai profili inerenti alla economicita' e redditivita' della gestione (fruibilita', rendimento, costo di gestione e manutenzione: rispettivamente punti 7 per il primo e il secondo e 6 per il terzo), e agli aspetti relativi al suo funzionamento (funzionalita', accessibilita' al pubblico; rispettivamente punti 3 e 7), nonche' alla concessione di costruzione e gestione (durata della concessione sino a punti 2, tempi di ultimazione dei lavori sino a punti 4, contenuto della bozza di convenzione sino a punti 7) ed alle tariffe (sino a punti 4) e al loro aggiornamento (sino a punti 1).

Quanto poi alla scomposizione di tali profili o parametri in voci o subcriteri, ciascuno di questi ultimi e' razionalmente raccordato ai primi e ne costituisce elemento qualificante.

Così, e' del tutto evidente, ad esempio in ordine al profilo costruttivo, il rilievo attribuito agli accorgimenti tecnici e/o procedurali anche atti a risolvere e minimizzare i problemi della falda acquifera, oppure a quelli tesi a garantire la massima affidabilita' e la piu' agevole manutenibilita' dell'opera, o ancora a minimizzare l'impatto dei cantieri con l'ambiente circostante.

La qualita' progettuale, poi, nel caso di infrastruttura di servizio urbano destinata a incidere su un tessuto edificato qualificato sia nelle sue molteplici funzioni (abitazioni, uffici, negozi, servizi pubblici, sedi di enti prestigiosi), sia nei suoi aspetti architettonici, e caratterizzato da notevoli flussi di traffico, non puo' non assumere grande rilievo; e la sua scomposizione in relazione alle "voci" individuate dalla commissione e' del

tutto ragionevole ed equilibrata (maggior definizione progettuale delle aree a contorno, anche per gli aspetti dell'arredo urbano, individuazione di un numero di stalli ottimizzato in relazione alla concentrazione delle utenze, qualità degli spazi interni al parcheggio, elaborazione di un progetto almeno di livello preliminare).

Le osservazioni che precedono danno conto dell'assoluta inconsistenza delle censure riferite all'elemento progettuale ed alle sue "voci" o subcriteri.

Del pari, denotano assoluta inconsapevolezza del rilievo centrale degli elementi economico-finanziari le censure di pretesa genericità o inintelligibilità o irrazionalità riferite alle "voci" di scomposizione di altri profili.

Così, è evidente che nella valutazione del piano economico-finanziario, non può assolutamente prescindere dal livello di approfondimento dell'analisi di mercato, ovvero dall'analisi della domanda di servizi riferiti alla sosta oraria o in abbonamento in funzione dei flussi di traffico che insistono sulla zona interessata, al tempo di stazionamento, all'offerta di servizi della stessa natura; od ancora al livello di sensibilità dei risultati economico-finanziari, che pertiene al modo in cui quei risultati reagiscono alla verifica delle c.d. varianti strategiche ed attiene all'analisi di sensitività sulla cui importanza fondamentale si è detto in precedenza; o al livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità, che indica se e quanto la proposta, per come strutturata, sia idonea ad attrarre i finanziamenti bancari necessari per sostenerne i costi di costruzione e

quanto le previsioni di redditività siano attendibili in relazione al servizio del debito.

4.4) Infondate sono, da ultimo, le censure dedotte col motivo sub 4) del ricorso principale, intese a denunciare l'illegittimità della comparazione tra la proposta della società ricorrente e quella delle controinteressate.

Quanto al "peso" assegnato alla previsione di un numero di stalli auto aggiuntivi (99) nella proposta delle controinteressate, e' appena il caso di ribadire che l'avviso di selezione ha avuto cura di precisare che "le analisi di prefattibilità (predisposte dagli uffici comunali: n.d.e.) non precludono al promotore, a sua autonoma valutazione, la facoltà di presentare proposte integrative e migliorative".

Orbene tale clausola legittimava appieno, come già notato, tanto la previsione nella proposta delle controinteressate della realizzazione di un numero aggiuntivo di stalli per auto (99) rispetto a quelli orientativamente indicati nell'avviso pubblico, quanto quella della società ricorrente di un numero, all'opposto, sensibilmente inferiore (162 in meno rispetto ai 600).

La commissione, d'altro canto, ha ampiamente motivato l'attribuzione di un maggior punteggio (punti 4) alle controinteressate rispetto a quello assegnato alla società ricorrente (punti 2) per la sottovoce "determinazione del numero ottimale degli stalli", non ancorandola soltanto a un dato quantitativo, di per se' di certo apprezzabile (un numero di stalli auto superiori a quello fissato orientativamente nell'avviso di selezione rispetto al numero di stalli auto sensibilmente inferiore proposto dalla società ricorrente), ma anche ad "...un maggior livello di analisi in relazione alla distribuzione interna dei posti auto...", elemento di sicuro

rilievo ai fini della migliore razionalità e funzionalità dell'opera e quindi del suo livello qualitativo progettuale.

Le deduzioni relative all'indimostrato "sovradimensionamento" dell'opera secondo la proposta delle controinteressate sono poi affatto generiche ed inapprezzabili.

Del tutto legittima e' anche l'assegnazione di punteggio (punti 4,5) alla proposta delle controinteressate superiore a quella della società ricorrente per la "voce" relativa agli accorgimenti tecnici ottimali riferiti ai problemi della falda acquifera: sul punto la commissione ha spiegato che vi e' "...sostanziale equivalenza nelle tecniche utilizzate dai proponenti DEC BARI PARK, GIEM e MATARRESE SABA con un leggero maggior approfondimento per la proposta GIEM che ha effettuato un'analisi piu' approfondita relativamente al sito", mentre "carente (e') la proposta di MAZZITELLI UNIV. SINCONTRA"; a fronte di tale giudizio tecnico, la società ricorrente si e' limitata ad allegare, senza suffragarlo con alcuno specifico dato tecnico, che uno scavo piu' profondo implichi inevitabili interferenze negative con la falda, salvo in sede di discussione orale ad insistere sul punto anche con richiesta di apposita verifica o consulenza tecnica; sennonche' non risultando in alcun modo scalfito e revocato in dubbio il giudizio tecnico della commissione sulla adeguatezza delle soluzioni previste nella proposta delle controinteressate ai fini del consolidamento, e quindi sulla impermeabilizzazione efficace dello scavo e dell'opera, il Tribunale non ritiene di dare ingresso ad uno specifico accertamento tecnico; ne' la società ricorrente ha contestato l'esattezza e congruenza dei rilievi svolti nella "relazione sui caratteri fisico-ambientali,

geomeccanici ed idraulici, indagini geologiche e idrogeologiche”,
costituente uno degli allegati della proposta, in cui si illustrano
diffusamente, con specifici dati tecnici e con richiamo di esperienze
confrontabili, i caratteri litostratigrafici, idrogeologici e geotecnici
dell’area interessata, le caratteristiche della falda acquifera, la sua
profondita’, le sue interrelazioni con le oscillazioni mareografiche del
livello marino, le modalita’ dell’intervento (esecuzione, prima degli scavi,
di iniezioni armate per il consolidamento delle pareti laterali di roccia, al
fine di assicurare la piena sicurezza statica degli edifici limitrofi; ulteriore
fitta maglia lungo il perimetro dello scavo di iniezioni cementizie per
realizzare il c.d. “fondello impermeabile” secondo particolari sequenze di
fori primari, secondari, terziari, con isolamento a mezzo di coppie di sacchi
otturatori; emungimento adeguato nella fase di scavo e realizzazione;
installazione sul fondo scavo di pompe di piccola potenza “...per mantenere
completamente all’asciutto il fondo scavo stesso ed annullare le sottospinte
idrauliche”).

Quanto alla “voce” relativa alla fruibilita’ dell’opera, scomposta in due
aspetti, la commissione ha motivato in modo diffuso il maggior punteggio
assegnato alle controinteressate per entrambi (punti 3+2=5) rispetto alle
ricorrenti (punti 1+2=3), osservando, quanto alla massimizzazione
dell’estensione del servizio alle diverse categorie di utenti che “la proposta
DEC BARI PARK evidenzia in dettaglio il futuro utilizzo distributivo dei
posti auto, sia in relazione alle diverse categorie di utenti, sia alla
distribuzione tra parcheggi in abbonamento e parcheggi a pagamento”; e,
quanto all’ottimizzazione tra numero di posti di presa e consegna delle

autovetture e dei flussi di traffico delle zone a contorno, che “...pur non avendo prodotto un approfondito studio di flusso di traffico, le proposte DEC e MAZZITELLI appaiono piu' funzionali” (tanto da aver conseguito per tale sottovoce gli stessi punti).

A fronte di tale giudizio tecnico, non puo' assumere rilievo incidente la circostanza che la commissione, nella valutazione di un'opera destinata alla generalita' del pubblico, non abbia posto in valore il convenzionamento tra per l'utilizzazione di stalli auto per i dipendenti dell'Universita'.

Del tutto inapprezzabili sono le censure relative alla negativa valutazione del piano economico-finanziario presentato dalla societa' ricorrente: tenuto conto dell'importanza e della centralita' delle relative sottovoci (livello di approfondimento dell'analisi di mercato, di analiticit  e robustezza delle previsioni economiche-finanziarie, di sensibilit  dei risultati economico-finanziari, di approfondimento dell'analisi di bancabilit ) e' del tutto evidente che la limitazione delle previsioni del piano a soli 18 anni sui 30 della concessione di costruzione e gestione e il mancato sviluppo dei flussi di cassa non potevano consentire l'attribuzione di alcun punteggio per le sottovoci “livello di sensibilit  dei risultati economico-finanziari” e “livello di approfondimento dell'analisi di bancabilit ”.

Generiche, e quindi inammissibili e inapprezzabili, sono poi le censure riferite alla criticata analiticit  e robustezza del piano economico-finanziario delle controinteressate, alla sua scarsa redditivit  ed al preteso maggior ricorso all'indebitamento.

4.5) Ovviamente infondati sono i motivi aggiunto evocanti vizi di invalidita' derivata.

5.) Alla stregua delle osservazioni svolte, mentre deve dichiararsi inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale, comunque infondato, deve senz'altro respingersi il ricorso principale e relativi motivi aggiunti.

6.) La relativa novita' e complessita' delle questioni affrontate giustifica, infine, la compensazione tra le parti delle spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sede di Bari - Sezione I, cosi' provvede sul ricorso in epigrafe n. 1053 del 2003 e sul ricorso incidentale di pari numero:

- 1) rigetta il ricorso principale;
- 2) dichiara inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale;
- 3) dichiara interamente compensate, tra le parti, le spese ed onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorita' Amministrativa.

Cosi' deciso in Bari nelle Camere di Consiglio del 21 aprile e 19 maggio 2004, con l'intervento dei magistrati:

Gennaro	FERRARI	Presidente
Leonardo	SPAGNOLETTI	Componente est.
Fabio	MATTEI	Componente